

# **BGer 2C 64/2018 vom 3. August 2018**

Bundesgericht, 2018-08-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_64\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_64_2018)

FR: TF 2C 64/2018 du 3 août 2018

IT: TF 2C 64/2018 del 3 agosto 2018

## **Regeste**

Vergabe Erweiterung und Erneuerung Haus 02 (BKP 232.3 Bettenkanäle; Widerruf, Ausschluss und Zuschlag) / aufschiebende Wirkung | Grundrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen ( Art. 29 Abs. 1 BGG ) und mit freier Kognition ( Art. 95 lit. a BGG ; BGE 141 II 113 E. 1 S. 116).

#### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonales letztinstanzliches Entscheid eines oberen Gerichts in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 [i.V.m. Art. 114 und Art. 117] BGG), mit dem der Beschwerde gegen einen Zuschlagsentscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die aufschiebende Wirkung verweigert wurde.

#### **E. 1.2**

Der angefochtene Entscheid über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung schliesst das vorinstanzliche Verfahren nicht ab. Es handelt sich um einen Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 Abs. 1 (i.V.m. Art. 117) BGG, gegen den die Beschwerde nur zulässig ist, wenn er einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (vgl. BGE 134 II 192 E. 1.3 S. 195 und E. 1.4 S. 196; Urteil 2D\_43/2015 vom 10. Dezember 2015 E. 1.1). Die Verweigerung der aufschiebenden Wirkung in einem Rechtsmittelverfahren gegen den Zuschlagsentscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist unter diesem Gesichtswinkel grundsätzlich anfechtbar, weil sie die Voraussetzung nach Art. 93 Abs. 1 lit. a (i.V.m. Art. 117) BGG erfüllt. Nicht gegeben ist hier die Möglichkeit einer sofortigen Herbeiführung eines Endentscheids unter bedeutender Ersparnis von Zeit oder Kosten gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. b (i.V.m. Art. 117) BGG.

### **E. 2**

Über die Anfechtbarkeit des Zwischenentscheids im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a (i.V.m. Art. 117) BGG hinaus muss die beschwerdeführende Partei zur Erhebung des Rechtsmittels legitimiert sein. Für die ordentliche Beschwerde ergibt sich dies aus Art. 89 Abs. 1 BGG , nach dem zur Beschwerde berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch den angefochtenen Entscheid oder Erlass besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. Die Zulässigkeit der subsidiären Verfassungsbeschwerde

setzt neben der Teilnahme oder der fehlenden Möglichkeit zur Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids voraus ( Art. 115 BGG ).

### **E. 2.1**

Sowohl im Verfahren der ordentlichen Beschwerde als auch jenem der subsidiären Verfassungsbeschwerde muss das Interesse an der Beschwerdeführung im Zeitpunkt der Beurteilung der Angelegenheit durch das Bundesgericht aktuell sein (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143; 136 II 101 E. 1.1 S. 103; Urteile 2D\_67/2012 vom 18. Februar 2013 E. 2.1; 2C\_811/2011 vom 5. Januar 2012 E. 1.2; 2D\_15/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 1.3; FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 23 f. zu Art. 89 BGG ; JEAN-MAURICE FRÉSARD, in: Commentaire de la LTF, 2. Aufl. 2014, N. 16 zu Art. 115 BGG ; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, 2. Aufl. 2011, N. 17 zu Art. 89 BGG ; GIOVANNI BIAGGINI, in: Basler Kommentar, 2. Aufl. 2011, N. 1 zu Art. 115 BGG ; ALEXANDER MISIC, Verfassungsbeschwerde, Zürich 2011, S. 309 Rz. 570).

#### **E. 2.1.1**

An einem aktuellen Interesse mangelt es namentlich, wenn das Ereignis, auf das sich der angefochtene Entscheid bezieht, im Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Beurteilung bereits eingetreten ist. Fehlte das aktuelle Interesse bereits im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde, ist auf die Eingabe nicht einzutreten. Fällt es im Verlaufe des bundesgerichtlichen Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt (vgl. Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP [SR 273]; BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 mit Hinweisen). Unter Verzicht auf das Erfordernis eines aktuellen Interesses tritt das Bundesgericht auf ein Rechtsmittel ein, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und deren Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.3.1 S. 143 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1.2**

Neue Tatsachen und Beweismittel können im bundesgerichtlichen Verfahren nur eingeschränkt vorgebracht werden (vgl. Art. 99 Abs. 1 BGG ). Betreffen sie Umstände, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens führen, sind entsprechende Vorbringen allerdings zulässig (vgl. BGE 137 III 614 E. 3.2.1 S. 616; Urteil 2C\_994/2016 vom 9. März 2018 E. 1.5.2 [zur Publikation vorgesehen]).

### **E. 2.2**

Streitgegenstand in der Sache ist die Frage, ob das Verwaltungsgericht dem bei ihm hängigen Rechtsmittel gegen den Zuschlagsentscheid vom 11. Dezember 2017 die aufschiebende Wirkung erteilen und damit der Vergabestelle den Abschluss des Vertrags über die ausgeschriebene Leistung vorläufig weiterhin hätte untersagen müssen.

#### **E. 2.2.1**

Nachdem das Gesuch um aufschiebende Wirkung im bundesgerichtlichen Verfahren mit Präsidialverfügung vom 25. April 2018 abgewiesen und die am 26. Januar 2018 superprovisorisch angeordnete aufschiebende Wirkung aufgehoben wurde, kam es gemäss Mitteilung der Vergabestelle am 2. Mai 2018 zum Abschluss des Vertrags mit der Beschwerdegegnerin. Die entsprechende Mitteilung vom 3. Mai 2018, die vom

Bundesgericht nach dem bereits Dargelegten zu berücksichtigen ist (vgl. E. 2.1.2 hiervor), ergänzte die Vergabestelle mit dem Auszug aus einem schriftlichen Vertrag. Gestützt auf diese Angaben der Vergabestelle ist erstellt, dass es nach Eintritt der Rechtshängigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens zum Abschluss eines Vertrags über die ausgeschriebene Leistung gekommen ist. Damit besteht im Hauptpunkt kein aktuelles Interesse an der Behandlung der Beschwerde durch das Bundesgericht, weil der eigentliche Verfahrenszweck - die Verhinderung des Vertragsabschlusses - selbst bei Gutheissung des Rechtsmittels nicht mehr erreicht werden kann (vgl. Urteile 2D\_67/2012 vom 18. Februar 2013 E. 2.1; 2D\_26/2012 vom 7. August 2012 E. 2.1; 2C\_811/2011 vom 5. Januar 2012 E. 1.3).

### **E. 2.2.2**

Die Beschwerdeführerin lässt dagegen ausführen, dass die Vergabestelle im Vertragsdokument nicht die korrekte Parteibezeichnung verwendet habe. Eine "B. \_\_\_\_\_ AG", mit der die Vergabestelle kontraktiert haben wolle, existiere nicht. Der Vertrag sei mit einer inexistenten Gesellschaft geschlossen worden, der keine Rechtswirkungen entfalten könne. Zu überzeugen vermögen diese Einwendungen der Beschwerdeführerin nicht. Die Vergabestelle und die Beschwerdegegnerin, deren Existenz von der Beschwerdeführerin nicht bestritten wird, gehen in ihren Eingaben an das Bundesgericht beide davon aus, dass es zwischen ihnen zum Vertragsabschluss gekommen ist. Eine möglicherweise ungenaue Parteibezeichnung im schriftlichen Vertragsdokument ändert noch nichts daran, dass von einer Einigung über den Abschluss des Vertrags zwischen der Vergabestelle und der Beschwerdegegnerin ausgegangen werden kann. Hinzu kommt, dass im vorliegenden Verfahren betreffend aufschiebende Wirkung allein von Bedeutung ist, dass es zum Vertragsabschluss über die ausgeschriebene Leistung kam. Die Frage, ob dieser mit der (rechtmässigen) Zuschlagsempfängerin erfolgte, ist für das vorliegende Verfahren ebensowenig von Bedeutung wie der Umstand, dass die Beschwerdeführerin mittlerweile wieder unter einer früher verwendeten Bezeichnung firmiert.

### **E. 2.2.3**

Da nicht ersichtlich ist, dass sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, besteht im vorliegenden Fall keine Veranlassung, vom Erfordernis eines aktuellen Interesses im Sinne von Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG bzw. Art. 115 lit. b BGG abzusehen (vgl. E. 2.1.1 hiervor). Demnach ist das Verfahren zufolge Wegfall eines aktuellen Interesses als gegenstandslos abzuschreiben, soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Ziff. 1 im Dispositiv des angefochtenen Entscheids verlangt.

### **E. 2.3**

Das Verwaltungsgericht hat der Beschwerdeführerin im angefochtenen Entscheid die amtlichen Kosten auferlegt (Ziff. 3 im Dispositiv) und der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zugesprochen (Ziff. 4 im Dispositiv). Die Verlegung von Kosten- und Entschädigungsfolgen in einem Zwischenentscheid verursacht allein indes keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a (i.V.m. Art. 117) BGG, sodass eine selbständige Anfechtbarkeit des vorinstanzlichen Urteils in diesen Punkten ausser Betracht fällt. Unmittelbar anfechtbar sind die Kosten- und Entschädigungsfolgen eines Zwischenentscheids nur im Rahmen einer Beschwerde gegen den Hauptpunkt (vgl. BGE 142 II 363 E. 1.1; 135 III 329 E. 1.2.2 S. 333 f.; Urteil 4A\_168/2011 vom 16. Januar

2012 E. 2.3). Nachdem das Rechtsmittel hier im Hauptpunkt gegenstandslos geworden ist, teilt die Beschwerde dieses Schicksal folglich auch in Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsfolgen; sie können gegebenenfalls im Anschluss an den Endentscheid in der Sache noch angefochten werden (Art. 93 Abs. 3 [i.V.m. Art. 117] BGG; BGE 142 II 363 E. 1.1 S. 365 f.; 135 III 329 E. 1.2.2 S. 332 f.).

### **E. 3.1**

Nach dem Dargelegten besteht an der Behandlung der Beschwerde durch das Bundesgericht insgesamt kein aktuelles Interesse. Das Verfahren ist als gegenstandslos abzuschreiben, was der Instruktionsrichter als Einzelrichter verfügt ( Art. 32 Abs. 2 BGG ).

### **E. 3.2**

Bei diesem Verfahrensausgang entscheidet das Bundesgericht mit summarischer Begründung über die Prozesskosten auf Grund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds ( Art. 71 BGG i.V.m. Art. 72 BZP ), wobei diesbezüglich in allen Teilen auf die Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 25. April 2018 verwiesen werden kann. Demnach trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 1 BGG ). Ungeachtet der sehr ausführlichen und zahlreichen Eingaben der Beschwerdeführerin ist der Vergabestelle mit Blick auf ihr eigenes Verhalten im Zusammenhang mit der Zuschlagserteilung entgegen ihrer Auffassung keine Parteientschädigung auszurichten ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.